

EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN MATERIA DE COMPRAS PÚBLICAS VISTO A LA LUZ DEL EJERCICIO DEL CONTROL PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Presentación

En este capítulo se exponen algunas temáticas a fin de poder brindar una lectura más o menos completa de cómo interactúa el derecho penal con el sistema de compras públicas y su importancia. Para tales efectos se utiliza similar fórmula a la de los capítulos anteriores.

En un primer momento se muestran la naturaleza y características del derecho penal de forma genérica, dada la especialidad de la temática a abordar y la imposibilidad de ahondar aquel plano, más allá de una presentación de tipo ubicacional. En una segunda parte, se abordarán a través de una presentación general los tipos penales asociados a los temas de contratación pública de forma directa, ahondando en su determinación, exigibilidad y coherencia con el EGCAP, señalando para el efecto sus elementos estructurales, al margen de las discusiones dogmáticas respecto a sus elementos.

Finalmente se efectúa un acercamiento a estos tipos penales y cómo resulta plausible que, en los mismos, el principio de planeación cobre importancia capital, dada su obligatoriedad y su ubicación al estructurar aquellos.

El control penal del Estado, breve aproximación a su naturaleza y extensión en materia de compras públicas

Sin ánimo de pretender abarcar las múltiples construcciones dogmáticas y teóricas del derecho punitivo del Estado, se anota que este campo del derecho resulta ser muy llamativo para los juristas de todos los tiempos, dada su importancia y relevancia en los diferentes ordenamientos jurídicos¹²⁸.

El derecho punitivo de la sociedad está en el orden del día de todas las sociedades posmodernas¹²⁹ y conlleva necesariamente su análisis y estudio¹³⁰. Esta situación hace que el derecho penal sea una disciplina en constante cambio legal, dogmático y jurisprudencial.

Dadas estas situaciones y sin profundizar en las grandes discusiones en la materia, se sostiene aquí que el derecho punitivo del Estado tiene como fundamento la necesidad de regular diferentes situaciones de hecho al amparo de una norma jurídica y de tal manera, establecer el respectivo castigo, dados los bienes jurídicamente involucrados en cada caso¹³¹.

128 Respecto de las múltiples corrientes filosóficas que estudian la forma de entender la virtualidad, funcionalidad y doctrina del derecho penal puede confrontarse las obras de Ernst von Beling, Hans Welzel, Niklas Luhmann, Günther Jakobs, Claus Roxin y Luigi Ferrajoli.

129 En lo atinente al análisis jurídico, social y político de los denominados Estados posmodernos puede consultarse el texto traducción de Oswaldo Pérez, *El Estado posmoderno* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014).

130 Al tratar el tema de la existencia del derecho penal en el ordenamiento nacional, la Corte Constitucional sostuvo que este surgió históricamente como un mecanismo para sancionar, desde el orden jurídico, los comportamientos que atentaban contra bienes jurídicos que son considerados socialmente valiosos, relativos bien a los derechos de las personas o bien al interés general representado por el Estado. Puntualiza que, en su primera etapa, consolidada con la instauración del Estado liberal, la justificación de la pena estaba centrada en una tesis retributiva y preventiva, según la cual su imposición resultaba forzosa para salvaguardar a la sociedad del delincuente y para “tratar” a este con el objeto de evitar su reincidencia. Era, como lo resaltan importantes teóricos, una visión marcada por doctrinas filosóficas utilitaristas, las cuales conciben la pena como “bien en sí y como un fin a sí misma en razón del valor intrínseco y no extrapenal que asimismo se atribuye a la prohibición”. Finaliza para efectos de esta cita mencionando la Corte que esta concepción ha cambiado radicalmente en el Estado constitucional. El tratamiento penitenciario, aunque conserva los fines redistributivos y de prevención general y especial, incorpora una finalidad de resocialización del delincuente, que va más allá de una simple expiación de la falta, pues convierte a la pena en una vía destinada a otorgar las herramientas necesarias para la reincorporación plena del condenado a la sociedad democrática. Por ende, la imposición de la pena debe servir no para culminar un proceso de estigmatización y exclusión social del delincuente, sino para que permita, luego de su cumplimiento, que el ciudadano quede habilitado para ejercer el rol que decida en el marco de su autonomía y dentro de las condiciones que prescribe el orden constitucional. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia de acción de constitucionalidad. Referencia: 634, 16 de noviembre de 2016. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

131 Cesare Beccaria, *De los delitos y las penas* (Bogotá: Ediciones Esquilo Ltda.), 11 y ss.

La función del derecho penal en una sociedad secularizada y en el Estado de derecho pretende proteger, con un control social coactivo, ciertos bienes jurídicos fundamentales y determinadas condiciones básicas de funcionamiento de lo social. Por ello, puede resultar concluyente que la pena como consecuencia del ejercicio de esta actividad estatal busque no sancionar, sino servir de medida disuasiva, pues supone la idea de que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones¹³².

Según esta lógica, el derecho punitivo del Estado, partiendo de los supuestos dogmáticos y legales que lo inspiran, se conforma por unos elementos estructurales que hacen posible la atribución de responsabilidad en este campo. Estos elementos a pesar de las múltiples interpretaciones se resumen en los siguientes: (i) una conducta descrita típicamente en la norma jurídica, (ii) una conducta antijurídica, es decir, que contraría un bien o conjunto de bienes jurídicamente tutelados por el ordenamiento jurídico y, (iii) una conducta realizada de acuerdo con un análisis subjetivo-valorativo en términos de culpabilidad. Estos elementos han sido desarrollados por la doctrina, la dogmática y la filosofía del derecho entre otras muchas fuentes y las mismas son reiteradas en el capítulo único del título primero del Estatuto Sustancial Penal colombiano, es decir, en la Ley 599 de 2000.

Así y para efectos de este estudio, resulta de suma importancia señalar que respecto de aquellos elementos estructurales de las conductas punibles, en materia de compras públicas, las mismas tienen unas características esenciales, las cuales se expondrán en este apartado con el fin de avanzar en el análisis de cada uno de los tipos penales. Finalmente se indagará si estos eventualmente pueden tener relación con el principio de planeación en materia de compras públicas.

Según la teoría general en materia penal, el primer elemento estructural se refiere a la tipicidad de la conducta, la cual ha sido entendida como la necesidad de que la conducta que se pretende hacer valer en materia penal se encuentre previamente establecida en la normativa, con lo que además de garantizar algún grado de seguridad jurídica, dé aplicación a uno de los fundamentos del Estado moderno que es el de salvaguardar las premisas que configuran el debido proceso, tal como lo dispone la Carta Política en su artículo 29.

.....
132 Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia de acción de constitucionalidad. Referencia: No. 144, 19 de marzo de 1997. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Sobre esto expresa la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

[...] el principio de legalidad se concreta en el ámbito penal en el principio de tipicidad objetiva, en virtud del cual los tipos penales deben ser definidos por el legislador de manera previa, clara, cierta, escrita, estricta, entendible, sin anfibologías, y por ello se excluye la analogía en cuanto pueda perjudicar al procesado (*in malam partem*), no así en la medida que le sea beneficiosa (*in bonam partem*).

Desde luego, si los particulares pueden hacer todo aquello no prohibido expresamente, es claro que para adoptar la decisión de delinquir o de abstenerse de hacerlo, deben conocer y entender el tipo penal, circunstancia que tiene lugar en el marco de la presunción legal de conocimiento de la ley por parte de todos sus destinatarios, la cual admite prueba en contrario por no ser una presunción de derecho según la preceptiva del artículo 9º de la Ley 599 de 2000 “para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable”, texto del cual se desprende que el hecho humano (activo u omisivo) debe pasar por el tamiz de las tres referidas categorías dogmáticas para que pueda tener la condición de delictivo (Cfr. Sentencia del 12 de octubre de 2006. Rad. 25465) [...] ¹³³.

Continúa la corporación manifestando que:

En virtud de la tipicidad, es necesario, de una parte, que la conducta se adecúe a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento, y de otra, que cumpla con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido que de conformidad con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial requieren de una conducta dolosa, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.

No se aviene con dicho rigor, conquista de la Revolución Francesa y del advenimiento del Estado de derecho por oposición a la monarquía y el absolutismo, que en el proceso de adecuación típica los funcionarios judiciales olviden honrar tales exigencias de certeza y claridad, y como consecuencia de ello terminen realizando indebidas interpretaciones extensivas o analógicas, ajenas al texto de la ley ¹³⁴.

133 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de octubre de 2014. Referencia: Radicado No. 44504 SP13691-2014. M. P. Dra. María del Rosario González Muñoz.

134 Véase comentario anterior.

Como se puede apreciar, el primer elemento de la atribución de responsabilidad penal y consecuentemente necesario para la imposición de la pena resulta ser de relevancia importante en esta materia, dado que ello garantiza las premisas constitucionales a las cuales quiso el constituyente sujetar a los diferentes marcos regulatorios en la sociedad.

Este elemento para efectos de los tipos penales a los cuales se sujeta el sistema de compras públicas posee dos importantes anotaciones que se examinan a continuación y antes de estudiar los tres tipos que vinculan esta última ratio¹³⁵ con los contratos del Estado en sentido amplio.

La primera anotación se refiere al contenido de los tipos penales, pues en este campo y de acuerdo con la lectura de los artículos 408-410A de la norma penal, se debe acudir obligatoriamente a otros ordenamientos jurídicos, pues la sola disposición normativa sería insuficiente para encuadrar la situación fáctica en el enunciado descriptivo.

En otros términos, los tipos penales señalados deben ser alimentados por el análisis y definición de conceptos que no se encuentran en la disposición normativa penal, sino en otros ordenamientos como las normas consignadas en el EGCAP o las normas civiles y comerciales.

Esta situación es la que la doctrina denomina “tipos penales en blanco”, pues no preceptúan de forma detallada y concreta la conducta, sino que merecen ser alimentados de otras normas dentro del ordenamiento jurídico en toda su extensión¹³⁶.

Para el profesor Santofimio Gamboa, la modalidad de tipos penales en blanco, conforme con los trabajos de la Corte Constitucional colombiana, es

135 Ha sido una constante que el ejercicio de esta facultad punitiva del Estado se circunscriba a ser la última opción en el ordenamiento jurídico para tratar una respectiva controversia que afecte un bien jurídico. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional: “la decisión de sancionar por esta vía, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir una actuación que afecta los intereses esenciales de la sociedad. En este contexto, se ha dicho que el derecho penal ‘se enmarca en el principio de mínimo intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal [solo] debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. El Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer’. [...] De allí que el derecho penal sea considerado como la última ratio del derecho sancionatorio”. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 259 de 2016. M. P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

136 Alfonso Reyes Echandía, *La tipicidad* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1979), 162 y ss.

perfectamente válida y necesaria para el cabal desarrollo de la política criminal, requiriendo para el efecto, que aquella complementariedad sea clara o no admita varias interpretaciones a fin de obtener una verdadera integración normativa. Así, le corresponde al intérprete –y en particular al juez– realizar todo el proceso de integración normativa, de manera tal que se le proporcione al tipo penal el contenido que legalmente le corresponde; de este modo se acoge el principio de legalidad, y se le da así un sentido lógico a lo esperado por el legislador al redactar la norma penal¹³⁷.

Por lo dicho, nótese que la estructuración de la tipicidad en tratándose de los tipos penales asociados de forma directa¹³⁸ con el sistema de compras públicas para su encuadramiento legal requiere de la revisión y adecuación de otros regímenes jurídicos como el civil o comercial. Tal es el caso por ejemplo de la definición de contrato estatal presente en todos los artículos objeto de responsabilidad penal y que se analizaron aquí¹³⁹, o lo referente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades legales y constitucionales, o lo relacionado con el análisis de los requisitos legales esenciales para la celebración y liquidación de los contratos estatales, necesarios para la configuración del tipo penal referido a la celebración de contratos sin observancia de los requisitos legales.

Aquí lo que se pretende señalar es que para la estructuración de un tipo penal como son los relacionados con los contratos estatales, resulta de obligatorio cumplimiento para el operador judicial o administrativo acudir a otros catálogos normativos para integrar el ilícito, siendo necesario por ello, conocer todos los aspectos de relevancia en los contratos estatales, con el fin de garantizar las premisas sobre las cuales se han construido las normas penales, como lo es por ejemplo el debido proceso.

137 Santofimio, *Delitos de celebración*, 67 y ss.

138 Se reitera que existen diversos tipos penales establecidos en la ley penal y que se asocian al quehacer de las autoridades públicas en el ejercicio de las atribuciones encomendadas por el régimen jurídico, que pueden tener nexo con la actividad contractual. Tal es el caso de los denominados tipos penales de peculados en sus diferentes modalidades, el de concusión y el de cohecho. Sin embargo, aquí se apunta a los tipos penales consignados en la ley y que tienen directa relación con la actividad contractual, estos son los artículos 408-410A del Código Penal colombiano.

139 Es importante señalar que la definición de contrato estatal no se encuentra enlistada ni definida en la norma sustancial que establece los tipos penales, sino en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por lo cual al analizar la tipicidad de una conducta relacionada con la transgresión de los contratos estatales, el operador judicial o administrativo deberá tener absoluta certeza de si la actuación u omisión se encuentra relacionada con un contrato estatal o no, para lo cual deberá alimentar su análisis a partir de la norma legal que define este concepto jurídico.

Despachando este primer elemento objeto de algunas anotaciones al analizar la tipicidad de la conducta en este campo de derecho, se dirá que el trabajo del operador judicial resulta de suma importancia al configurar este elemento, pues debe conocer no solo la norma sustancial y procedimental en materia penal, sino además todas aquellas normas de otros ordenamientos que le contribuyan en términos de justicia a adecuar típicamente determinada conducta relacionada con los tipos penales enunciados en los artículos 408-410A de la norma sustantiva.

En cuanto a la segunda anotación en esta materia, la misma se encuentra relacionada con el sujeto pasivo de aquellos tipos penales, pues a criterio del autor del presente libro, aquel sujeto debe poseer unas especiales características al margen de lo dispuesto por otras normas generales. Así, todos los tipos penales en cuestión hacen relación al concepto de “servidores públicos”, como sujetos calificados de aquellos tipos, tal y como sucede en el campo del derecho disciplinario y respecto del cual se hicieron algunas acotaciones en el capítulo anterior¹⁴⁰.

El concepto de servidor público en el ordenamiento colombiano genéricamente, resulta ser un concepto amplio utilizado para describir tanto a personas que tienen una relación legal y reglamentaria con el Estado y que se encuentran categorizadas en el artículo 123 constitucional y en la Ley 909 de 2004, pero también aquellos particulares que a través de un vínculo legal o contractual ejercen una función pública al servicio del interés general¹⁴¹.

En materia punitiva el concepto de servidor público es definido por la misma disposición normativa, la cual dispone de forma puntual quiénes son los destinatarios de la norma, lo cual en principio no significaría ningún tipo de controversia ante su aplicación práctica¹⁴². Así, de conformidad con la ley, todos los destinatarios de esta disposición normativa resultan ser calificados, entendiendo por tal, a todas las personas que participan en la actividad contractual del Estado, o que actúan con

140 Santofimio, *Delitos de celebración*, 76 y ss.

141 El artículo 20 de la Ley 599 de 2000 al definir para efectos de la disciplina penal a los servidores públicos, declaró que estos serían los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. E igualmente extendiendo el concepto tradicional, dispuso que se deberían categorizar en aquella denominación a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

142 Véase comentario anterior.

desconocimiento del régimen jurídico legal o por encontrarse dentro del régimen de incompatibilidades, inhabilidades, conflictos de intereses y prohibiciones.

Dadas las anteriores consideraciones se puede apreciar que en materia penal –al menos en lo que respecta a los tipos penales asociados directamente con el sistema de compras públicas–, la tipicidad posee unas características particulares, siendo necesario la observancia de las mismas, al intentar encuadrar una actuación fáctica en esas descripciones normativas.

En lo que respecta al segundo elemento estructural de la responsabilidad penal, resulta de suma importancia señalar que este según las voces del Código Penal colombiano, consiste en la determinación de que una conducta activa u omisiva encuadrada típicamente en la ley lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal (antijuridicidad material)¹⁴³.

Recurriendo nuevamente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se podrá mencionar que este elemento de la atribución de responsabilidad penal consiste en la comprobación de la afectación del bien jurídico protegido, al lesionarlo o ponerlo en peligro, por medio de un comportamiento consagrado como punible¹⁴⁴.

Por lo dicho en los tipos penales que resultan procedentes observar en este estudio, se tiene que habrá antijuridicidad material o violación al principio de vulneración –en materia penal¹⁴⁵–, en los términos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando la actuación típica lesione o ponga en peligro el bien que se busca proteger, el cual de conformidad con el epígrafe del título XV del Código Penal colombiano, no es otro que la administración pública o en otros términos, la protección del interés general y el ejercicio de la recta función administrativa, como premisa principalísima del quehacer de la administración pública.

143 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en análisis interpretativos ha sostenido que, en cuestión penal, prima la antijuridicidad material sobre la simple antijuridicidad formal, entendida esta última como una simple contrariedad de la conducta con lo dispuesto normativamente. Al respecto puede confrontarse los siguientes pronunciamientos: (i) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de junio de 1981. M. P. Dr. Alfonso Reyes Echandía; (ii) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de octubre de 1993. Referencia: Radicado No. 5.005; (iii) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de febrero de 2001. Referencia: Radicado No. 16.362; y (iv) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de mayo de 2006. M. P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

144 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de mayo de 2006. M. P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

145 Véase comentario anterior.

En consonancia con lo dicho, se podrá señalar que lo que se protege a través de estos tipos penales, es la buena marcha de la administración pública al igual que el patrimonio del Estado, como supuesto indispensable para el ejercicio de la actividad estatal¹⁴⁶.

Finalmente y como elemento estructural en el ejercicio de atribución de responsabilidad penal, se tiene lo que hace referencia al elemento subjetivo-valorativo, esto es, lo relativo al análisis del grado de culpabilidad de los actores que realizaron la conducta (activa u omisiva) típica y antijurídica, lo cual se enlaza con las preceptivas establecidas en los artículos 22-24 del Código Penal colombiano, al hacer relación al dolo, la culpa y la preterintención.

En este tercer elemento de aquel trinomio que integra la responsabilidad penal, el operador judicial analizará cuáles fueron los móviles que llevaron al servidor público a cometer el injusto penal, siendo posible múltiples eventos en el análisis valorativo de la conducta, pues como lo pregonaba el ordenamiento jurídico en múltiples materias, la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita y resulta necesario analizarse y valorarse a través del sujeto la conducta.

Presentados los elementos estructurales de la responsabilidad penal, se considera importante señalar que, aquella responsabilidad como elemento importante dentro de la actividad contractual, especialmente en lo que se refiere al principio de planeación, se encuentra incluido aquí como una mera descripción normativa, legal y jurisprudencial que busca presentar al lector una breve aproximación a aquella responsabilidad, sin pretender ahondar en ese campo, dado el nivel de especialidad que el mismo requiere y el respeto que merece aquella materia.

Así pues, el derecho punitivo del Estado condensa la preocupación del constituyente y el legislador por garantizar la convivencia de la sociedad en un plano de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de los asociados y que solo aquel actuará cuando se desconozca aquella finalidad en última instancia.

Por lo dicho y luego de haber presentado de forma genérica los elementos estructurales de los ilícitos penales, según el régimen jurídico actual, corresponde ahora realizar una descripción de cada uno de los tipos penales que, en criterio de este libro, tienen relación directa con el devenir del sistema de compras públicas.

146 Augusto Castañeda Díaz y Francy Eugenia Gómez Sevilla, *Delitos contra la administración pública: la contratación administrativa* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005), 18 y ss.

El control penal del Estado, una doble dimensión: entre el control social y los fines superiores en el sistema de compras públicas y su relación con el principio de planeación

En el anterior aparte se presentaron de forma muy sucinta las particularidades del derecho punitivo del Estado y los elementos que distinguen aquel control de otros eventuales regímenes de responsabilidad, siendo en este momento necesario realizar una meridiana aproximación a los tipos penales que regulan conductas en materia contractual.

Dichos tipos penales poseen su generalidad en el ilícito denominado “celebración indebida de contratos”, respecto del cual y dependiendo de la actividad activa u omisiva que realice el servidor público, podrá encuadrarse en uno o varios de los siguientes: (i) violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, consignado en el artículo 408 del Código Penal colombiano, (ii) interés indebido en la celebración de contratos, que tiene su asidero legal en el artículo 409 del Código Penal colombiano y, (iii) celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales, según está dado por los artículos 410 y 410A de la Ley 599 de 2000¹⁴⁷.

En este contexto, se procederá a presentar cada uno de ellos, a fin de poder entregar al lector una aproximación a la estructura de los mismos, partiendo de los argumentos antes expuestos.

Del tipo penal de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades

El primer tipo penal de este catálogo especial aparece en el artículo 408 de la Ley 599 de 2000 y es el relacionado con el precepto legal que enjuicia al servidor público que participe en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato

147 En los delitos contra la administración pública el bien jurídico protegido es el recto ejercicio de la función pública, la cual resulta indispensable para el funcionamiento del sistema. Armando Luis Calle Calderón y Juan Oberto Sotomayor Acosta, “El delito de interés ilícito en la celebración de contratos”. *Revista Estudios de Derecho*, n.º 128 (1997), 360-3. “Ante estas razones, la celebración indebida de contratos encuentra ajuste indiscutible dentro del bien jurídicamente protegido de los delitos contra la Administración Pública. Al establecer el legislador las tres conductas básicas y especiales de la celebración indebida de contratos identificó aquellas situaciones que se consideran como de mayor potencialidad para vulnerar el objeto jurídicamente protegido [...]”. Santofimio, *Delitos de celebración*, 63 y ss.

estatal con violación del régimen constitucional o legal, en lo referente a la existencia de inhabilidades o incompatibilidades.

Tal tipo penal busca prevenir la tramitación, aprobación o celebración de un contrato estatal con violación del régimen constitucional o legal, en lo referente a la existencia de inhabilidades o incompatibilidades, pues resultó de vital importancia para el legislador proteger la moralidad administrativa de la gestión contractual, dados los intereses que en ella intervienen.

Así, nótese que aquel tipo penal enlista una serie de actividades respecto de las cuales podrá responder un servidor público en materia de compras públicas, cuando actúe a pesar de la existencia de inhabilidades e incompatibilidades y con ello desconozca el régimen jurídico legal o constitucional que regula la materia.

En cuanto a las hipótesis que trae la normativa, se tiene que pueden ser muchos los escenarios en los cuales puede aplicar este ilícito. Al respecto trata la norma dos de las grandes etapas en materia de compras públicas, es decir, las etapas precontractual y contractual. En este escenario, el servidor público podrá ser declarado responsable, si previo a la confección del negocio jurídico existe alguna causal de incompatibilidad e inhabilidad en la fase de tramitación, la cual por razones prácticas incluirá la construcción de los estudios y documentos previos, como supuesto práctico que materializa el principio de planeación.

En este punto se debe hacer un alto, pues para encuadrar la conducta que contiene el ilícito, resulta necesario como se dijo al inicio de este capítulo, integrar al análisis otros ordenamientos o normatividades. Aquí nótese que existe un elemento objetivo que exige el tipo penal y que no se encuentra en la misma ley penal y es precisamente que para que el mismo sea reprochable, se requiere la existencia de una inhabilidad o incompatibilidad, la cual puede estar en otra ley o en la misma Constitución.

Acerca de la institución de la inhabilidad asegura la Corte Constitucional que: “Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y

tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo [...]”¹⁴⁸.

Ahora bien, en lo que respecta a las incompatibilidades las mismas han sido entendidas jurisprudencialmente como la imposibilidad legal o jurídica de coexistencia de dos actividades en el sector público. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional lo siguiente: “De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública [...]”¹⁴⁹.

De acuerdo con la Corte Constitucional, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, lo cual se traduce en una expresa prohibición que amerita la sanción que establece el régimen jurídico.

En similar situación pero con matices un tanto diferentes, se han entendido las incompatibilidades como las restricciones fijadas por el constituyente o el legislador y que tienen como eje fundacional la protección del ejercicio del servicio público, al impedir el ejercicio simultáneamente de actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública.

A modo de ejemplo, el EGCAP establece en los artículos 8 y 9 las inhabilidades e incompatibilidades que pueden darse en materia de compras públicas, las cuales pueden aparecer en la etapa de planeación como se mencionó anteriormente y cuya inobservancia puede traer como consecuencia la atribución de responsabilidad, a pesar del título de culpabilidad utilizado para tal atribución¹⁵⁰.

148 Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 380 de 1997. M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 200 de 2001. M. P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 1212 de 2001. M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

149 Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 426 de 1996. M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

150 Respecto al grado de culpabilidad y a pesar de lo dispuesto por el Código Penal colombiano, pueden existir ocasiones en las cuales los servidores públicos a pesar de conocer en las normas habituales la inexistencia de inhabilidades e incompatibilidades en determinada contratación, resulta ser posible que exista alguna no conocida y que según la lectura del tipo penal igual lo hace responsable, pues resulta ser una norma de imperativo

En este punto se destaca que la existencia de inhabilidades e incompatibilidades como supuesto objetivo para la estructuración del tipo penal, no se agota simplemente en la revisión del EGCAP, sino en las inagotables normas que posee el ordenamiento jurídico nacional, ya que pueden existir en otras normas jurídicas o en la misma Constitución estas prohibiciones¹⁵¹, como es el caso de las prohibiciones en derecho disciplinario, fiscal y en el reciente Código Nacional de Policía¹⁵².

Con todo lo anterior, lo que se debe señalar es que en la estructuración de los estudios y documentos previos como elemento tangible de la materialización del principio de planeación en el sistema de compras públicas, resulta posible que se pueda atribuir responsabilidad penal a un servidor público que desconoció consciente o inconscientemente la existencia de una inhabilidad e incompatibilidad dispuesta en cualquier norma jurídica, sea esta constitucional o legal, sin que aquel análisis se circunscriba exclusivamente a las señaladas en el EGCAP.

Finalmente y realizando una lectura extensiva e integradora del ilícito sustancial, el servidor público también será responsable cuando celebre un contrato con una o varias inhabilidades e incompatibilidades constitucionales o legales, cuya génesis pudo bien ser adquirida desde siempre, es decir, desde la misma planeación o en la etapa de confección del negocio jurídico.

Del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos

El segundo tipo penal de este trinomio perfecto se encuentra en el artículo 409 de la Ley 599 de 2000 y el cual consiste, dispone la norma, en celebrar contratos estatales desconociendo la finalidad que ellos buscan y su participación en el cumplimiento de los fines generales que los mismos persiguen.

cumplimiento, esto a pesar del esfuerzo en conocer las normas que contienen de forma restrictiva estas órdenes, pero que por el cúmulo de normas que posee el ordenamiento jurídico nacional no resultan ser de pleno conocimiento por todos los operadores administrativos en su quehacer diario en materia de compras públicas. (Véase: <http://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/506911/1020.pdf/e43b09f4-ef4d-46c8-8df1-a34494379a7c;>).

151 Sobre este tópico asegura la Corte Constitucional que el constituyente no ha entrado a definir en el propio texto de la Constitución Política todas las incompatibilidades e inhabilidades aplicables a los distintos cargos públicos. Buena parte de ellas son del exclusivo resorte del legislador, por disposición expresa de la Carta o por cláusula general de competencia. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 483 de 1998. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

152 El legislador a través de la Ley 1801 de 2016 adoptó el Código Nacional de Policía, que en su artículo 186 establece que si transcurridos seis meses desde la fecha de imposición de la multa, esta no ha sido pagada con sus debidos intereses, hasta tanto no se ponga al día, la persona titular de la deuda no podrá entre otros aspectos, ser nombrada o ascendida en cargo público o contratar o renovar contratos con cualquier entidad del Estado.

Dicha descripción normativa se materializa en el mundo del ser, desde el punto de vista de la selección y ejecución del contrato estatal, pues en estas etapas puede suceder con alguna frecuencia que a pesar de materializar los requisitos normativos que enseñan las normas en materia de compras públicas, en el ejercicio de aquellos requisitos se elige aplicarlos de forma objetiva o no, lo cual traerá como consecuencia el favorecimiento personal o de un tercero.

En consonancia con lo anterior, se encuentra que lo que se pretende –al menos desde el punto de vista normativo– es proteger el cumplimiento del interés general que se encuentra involucrado en las compras estatales, pues dada la actividad que realizan los servidores públicos en la esfera contractual, estos pueden decidir como en efecto lo hacen, sobre el resultado de una determinada compra pública en sentido amplio.

Desde el punto de vista teleológico lo que busca esta prescriptiva legal es precisamente garantizar que el contrato estatal, como instrumento de gestión administrativa cumpla su finalidad y castigar su inobservancia. Así pues, el contrato estatal de conformidad con lo establecido en el EGCAP posee profundos fundamentos, los cuales no son otros diferentes a garantizar a través de la adquisición de bienes, servicios u obras, los fines superiores que ordena la Carta Política en su artículo segundo y que de forma sistemática se desarrollan en otros artículos de la misma disposición.

Hasta aquí es claro que lo que se pretende con el establecimiento de este ilícito penal, es sancionar la actuación del servidor público que teniendo dentro de su órbita de control la gestión contractual, se aleja de los fundamentos que ordenan su conducta, sea en provecho o interés propio o de un tercero.

Cobra vital importancia en este punto lo que se refiere al interés indebido, pues este concepto no resulta ser uno de aquellos que se agota en una etapa de la gestión contractual, sino que perdura durante todo el transcurrir de la misma, así podrá verse en las fases precontractuales, contractuales y por qué no decirlo poscontractuales. Pero en sentido genérico a qué se refiere que un servidor público tenga interés indebido en un contrato del Estado.

Tal situación se da cuando en la gestión contractual un servidor público transforma su deber genérico y objetivo en uno de tipo personal y subjetivo, sea para sí o para un tercero. En otros términos, cuando existe una desviación del fin que

debe perseguir la actuación del servidor público, que no es otro que contribuir a garantizar el interés general, hay un acercamiento a este tipo penal.

Para el profesor Santofimio Gamboa el elemento constitutivo de este ilícito penal es la desviación de poder como elemento determinante para predicar la comisión de dicho tipo penal.

Al respecto puntualiza el profesor en cuestión:

En definitiva, en el ordenamiento jurídico colombiano es inadmisibles, no solo dentro de las actuaciones unilaterales tendientes a producir actos administrativos, sino también en las bilaterales propias de los negocios jurídicos del Estado, la posibilidad de que los servidores públicos actúen motivados por razones de orden personal. Cuando un sujeto estatal actúa en estas circunstancias desborda las mínimas normas de convivencia dentro del ordenamiento jurídico y con ello no sólo vicia los actos jurídicos que produce, sino que también, conforme a lo dispuesto en el artículo 6° constitucional, se encamina por los senderos de la responsabilidad personal, tanto disciplinaria como penal.

Bajo esta concepción ideológica del desvío de poder resultan entendibles y lógicas las modificaciones que el legislador le introdujo al artículo 145 del Código Penal de 1980, al cambiar su denominación de interés ilícito por el de interés indebido, según la redacción del artículo 409 de la Ley 599 de 2000.

Eventualmente, dentro de una interpretación restrictiva y peligrosa para las finalidades del Estado de derecho, podría entenderse que, para efectos penales, tan sólo existiría desvío de poder si el actuar desviado del servidor público llevara a desconocer algún elemento o requisito de la legalidad del contrato, lo cual resulta por completo absurdo frente al alcance que en materia administrativa se le da al desvío de poder; en efecto el acto o contrato puede resultar perfecto o intachable ante un juicio de legalidad y a la vez la intención, el querer, la finalidad que se propone el servidor público no ser la de satisfacer el interés general sino el de su ego [...] ¹⁵³.

Vistos los fundamentos expuestos por el profesor Santofimio Gamboa, podrá señalarse con seguridad que el fundamento del ilícito radica en el desconocimiento de las normas superiores que inspiran el sistema de compras públicas, por parte del servidor público involucrado en la contratación.

Así, el interés general como supuesto de orden teleológico que debe perseguir la actividad contractual, según lo informa la propia Constitución Política de

.....
153 Santofimio, *Delitos de celebración*, 88 y ss.

Colombia y el EGCAP, se torna en el fundamento para predicar la existencia de este ilícito penal¹⁵⁴, cuando el mismo no se da. En otras palabras, cuando con la actividad contractual se demuestre que las acciones u omisiones realizadas por el servidor público que tuvo en su órbita la actividad contractual, responden a un interés individual o de un tercero, desconociendo de tal forma la finalidad de la actividad negocial del Estado, se podrá predicar la existencia de este injusto penal.

La gran dificultad práctica que se encuentra en este escenario y la comisión del ilícito penal, radica en la prueba, pues como sucede en otras actividades administrativas del Estado, en ocasiones no resulta sencillo observar claramente la intención del agente estatal de obtener un interés indebido.

En consonancia con lo anterior, por ejemplo y respecto de la anulación de actos administrativos existe una causal para ello, que al amparo del Decreto 01 de 1984 se denominaba “desviación de poder”, la cual fue acuñada en el actual Estatuto Administrativo¹⁵⁵ con la denominación de “desviación de las atribuciones propias del cargo”. Sobre esta causal ha dicho el Consejo de Estado que básicamente consiste en que el servidor público en el ejercicio de la función administrativa, desvía la misma para obtener algún provecho en detrimento de lo que debería hacerse al expedir el respectivo acto administrativo¹⁵⁶.

En el caso presentado, también afirma el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, que la demostración de esta causal de anulabilidad de los actos administrativos resulta compleja, pues resulta sencillo para el servidor público cubrir bajo un manto de legalidad su actuación al cumplir los requisitos que impone el ordenamiento jurídico en cada materia y a pesar de ello, incidir sustancialmente en la decisión que contiene el acto administrativo, en favorecimiento de algo o alguien en particular¹⁵⁷.

154 Arthur Kaufmann, *Filosofía del derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999), 309.

155 El actual Estatuto Administrativo que reglamenta las actuaciones generales de la administración pública y las propias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se consigna en la Ley 1437 de 2011, la cual entró a regular aquellas materias a partir del 2 de julio de 2012, esto de la mano de la Ley 1755 de 2015 que contiene las reglas aplicables por la administración pública y los particulares en tratándose del ejercicio del derecho de petición y el Código General del Proceso.

156 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 23 de febrero de 2011. Referencia: Radicado No. 170012331000200301412 02(0734-10). C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

157 Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia 479 de 1992. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo y Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Esta misma lógica es aplicable al sistema de compras públicas, especialmente en lo que respecta a la comisión del ilícito sustancial que se analiza en este estudio, pues las actividades y el ejercicio de la actividad administrativa contractual, pueden hacerse cumpliendo estrictamente lo ordenado por la ley, a pesar de existir subjetivamente un interés indebido, como es por ejemplo la confección de estudios previos y pliegos de condiciones con estricta sujeción a los requisitos legales que impone la ley, pero con un direccionamiento especial respecto de un sujeto determinado a través de los denominados “pliegos sastré” o “pliegos camisa”¹⁵⁸.

No obstante el tema probatorio, este tipo penal tal y como lo informa la normativa penal tiene un propósito profundo. Ahora bien, en lo que respecta a la comisión de aquel delito y su relación con el principio de planeación, se procederá en las siguientes líneas a realizar algunas anotaciones relevantes para su entendimiento.

La comisión de este tipo penal posee profunda relación con la materialización del principio de planeación en el sistema de compras públicas, pues es precisamente en esta parte de la contratación estatal, que resulta más obvio que se pueda caer en él por parte del servidor público que tiene en su órbita el control y decisión de la confección de los negocios públicos estatales.

Esto es factible que pueda suceder, por cuanto en esta etapa es precisamente cuando se planean las condiciones de tiempo, modo y lugar en las cuales se confeccionarán los negocios estatales, es aquí y no en otro momento donde se establecen las condiciones de participación y requisitos exigibles a los partícipes del sistema de compras públicas, pudiendo establecer condiciones restrictivas o favorables para algunos sujetos en particular, desconociendo de tal forma la finalidad y principios que poseen las compras estatales, a pesar del ropaje de legalidad de cada una de esas actuaciones.

En consecuencia, podrá un servidor público ser responsable penalmente, especialmente en este tipo penal, cuando luego de observar todo el proceso de

158 En la actualidad el Congreso Nacional expidió la Ley 1882 de 2018, a través de la que introdujo modificaciones sustanciales al sistema de contratación pública, entre las cuales se resalta la obligatoriedad de las entidades estatales de aplicar pliegos de condiciones tipo, entendidos estos de conformidad con el artículo 4 como documentos que contienen condiciones generales desde el punto de vista habilitante, así como factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección, pero además, la ponderación precisa y detallada de los mismos, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos.

integración del contrato estatal, se logre observar que el despliegue de sus actividades propias del empleo público, no respondieron a garantizar el interés general, sino un interés oculto, el cual puede ser personal o de un tercero, como lo puede ser por ejemplo la confección de pliegos de condiciones y exigencias habilitantes de difícil cumplimiento para la generalidad de participantes, lo cual permite que exista un proceso de selección sin pluralidad de oferentes o en otros términos, sin constituir aquel proceso uno de aquellos denominados “competitivo”.

Sin embargo, se resalta que lo difícil de la demostración de aquel tipo penal, radica en la dificultad probatoria del mismo, pues la actuación del servidor público a pesar de encontrarse reglada en el ordenamiento jurídico, le permite un margen de discrecionalidad, el cual puede darse con observancia del interés general o con observancia de un interés indebido¹⁵⁹.

De la celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales

El tercer tipo penal de este trinomio perfecto se reporta en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, el cual indica que se le podrá atribuir responsabilidad a un servidor público, cuando en ejercicio de sus funciones en materia contractual, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos.

La forma de protección del bien jurídico de este delito busca mantener los postulados que orientan la función administrativa, la cual al tenor de lo normado en el artículo 209 del texto superior, ha de estar al servicio de los intereses generales y desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Pero adicionalmente, lo que busca es que los negocios estatales se realicen con total asomo a los requisitos que impone el ordenamiento jurídico en materia de compras públicas. Para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

159 “La administración, a diferencia del particular que escoge libremente el objeto de sus actos, se ve imponer la finalidad que su acción debe perseguir. De manera general, ella no debe ejercer nunca sus competencias sino en vista de la satisfacción del interés público, en virtud de un principio general del derecho [...] La desviación del poder es el vicio que tacha a un acto por el que la administración, en desconocimiento de estas reglas, ha perseguido un fin diferente del que el derecho le asignaba, desviando así el poder que le fue confiado de su fin legal”. Jean Rivero, *Derecho administrativo* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984), 227-78. Citado por Santofimio, *Delitos de celebración*, 95.

Se estructura ese tipo penal cuando un servidor público en ejercicio de sus funciones desatiende los requisitos legales atinentes a un contrato, específicamente en tres eventos, a saber: (i) cuando lo tramita sin cumplir los requisitos propios de esa fase contractual, (ii) cuando lo celebra sin observar los presupuestos necesarios para su perfección o sin verificar el cumplimiento de los inherentes a la fase pre-contractual, y (iii) cuando liquida el contrato sin sujetarse a las exigencias requeridas para el efecto.

Consecuente con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene determinado que los requisitos legales esenciales a los cuales se refiere el artículo 410 del estatuto punitivo, según la fase contractual respectiva, son

1. *Previos a la celebración del contrato:*
 - a. Competencia del funcionario para contratar.
 - b. Autorización para que el funcionario competente pueda contratar.
 - c. Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente.
 - d. La licitación o el concurso previo.
2. *Concomitantes a la celebración del contrato cuyo cumplimiento habilita el acuerdo entre la administración y el particular:*
 - a. Elaboración de un contrato escrito que contenga todas las cláusulas atendiendo a su naturaleza, y las obligatorias en casos determinados y para ciertos contratos.
 - b. La constitución y otorgamiento de garantías de cumplimiento por el contratista.
 - c. La firma del contrato por las personas autorizadas.
3. *Posteriores a la celebración del contrato, cuyo cumplimiento permite que una vez firmado el mismo la actuación quede en firme y pueda ser ejecutado:*
 - a. La aprobación por parte de la entidad competente.
 - b. El pago del impuesto de timbre.
 - c. La publicación [...] ¹⁶⁰ (cursiva fuera del texto original).

Nótese que el tipo penal en estudio se encuentra dirigido a todas las fases que confeccionan los contratos estatales, tanto desde su nacimiento hasta su terminación, estableciendo que el mismo se aplicará en la medida en que no se cumplan

.....
160 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de octubre de 2011. Aprobada en acta No. 373. M. P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

en cada etapa sus requisitos legales esenciales, para lo cual se deberá integrar los requisitos esenciales que establecen las normas civiles y comerciales y las propias del EGCAP.

Resulta apropiado en este escenario enunciar que el principio de legalidad como premisa del Estado de derecho y al cual se sujeta la administración pública, los gerentes públicos y sus gestores, es el elemento integral de este tipo penal, pues para que eventualmente se pudiera predicar aquella responsabilidad, será necesario que la contrariedad entre la normatividad y la actuación del servidor público, sea una prescriptiva fijada previamente en las normas que ilustran el sistema de compras públicas¹⁶¹.

En lo que respecta a este ilícito en materia de compras públicas y su relación con la materialización del principio de planeación en la esfera contractual, se dirá aquí que en las compras públicas hoy por hoy, el principio de planeación se ha constituido en un auténtico requisito de la esencia, por lo cual su inobservancia constituye elemento analizable a la luz del ilícito en esta parte de este estudio.

Acudiendo a la doctrina en cuanto a la naturaleza del principio de planeación en materia de compras públicas, se indica que: “En esta perspectiva, la planeación, y en este sentido la totalidad de sus exigencias, constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado [...]”¹⁶².

Continúa el autor, señalando: “Del estudio de los componentes normativos del principio de planeación deducimos que el legislador le indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano ciertos

161 “El principio de legalidad, por lo tanto, [...] no puede ser desconocido ni por las autoridades ni por los particulares investidos de facultades administrativas, cuando les corresponde adelantar trámites contractuales, celebrar contratos, acompañar la ejecución de los mismos, y realizar las correspondientes liquidaciones. En este sentido, el estudio de la legalidad del contrato estatal significa comprometerse en un análisis de las bases sistemáticas normativas de principios y valores que orientan y vinculan cualquier actuación de la Administración Pública [...]”. Santofimio, *Delitos de celebración*, 115 y ss.

162 Santofimio, *Delitos de celebración*, 148 y ss.

parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual [...]”¹⁶³.

Así al confeccionar contratos estatales, sin los estudios y documentos previos necesarios para la consecución de aquel instrumento de gestión administrativa, aquel servidor público que participe de aquella actividad, estará inmerso en una presunta responsabilidad penal por esta materia, dada la exigencia legal que le impone el ordenamiento jurídico contractual a aquel servidor público de orientar la actividad contractual con total apego al cumplimiento correcto e idóneo del principio de planeación y la confección de estudios y documentos previos completos e idóneos.

Es importante señalar que aquel principio aplicado al devenir práctico de las compras públicas, implica no solo cumplir con los requisitos que ordena la normatividad en la materia, sino además introducir en cada uno de ellos un concepto de completitud, es decir, no solo basta con señalar que se han hecho los estudios técnicos en dado caso, o que se han realizado los estudios necesarios para determinar el valor de la futura compra, sino que tales actividades deben ser idóneas, completas y con el suficiente análisis para predicar su cumplimiento, pues eso es precisamente lo que busca prevenir el tipo penal en estudio.

En conclusión y respecto de este tipo penal, el mismo se realizará por parte de un servidor público, en múltiples momentos de la confección de los negocios jurídicos estatales, cuando con su actuar no cumpla los requisitos legales que le impone el ordenamiento jurídico en cada etapa. En lo que respecta a la configuración del ilícito en la etapa de planeación, el mismo se materializará cuando con el actuar u omisión del servidor público, la confección de los estudios y documentos previos entre otros aspectos en la etapa precontractual, no se lleve a cabo o se realice de formas deficientes, incompletas e irreales.

Finalmente y no menos importante, se tiene que el Estatuto Anticorrupción incluyó un artículo adicional a los descritos anteriormente y que se encuentra

.....
163 Santofimio, *Delitos de celebración*, 148 y ss.

relacionado con el ejercicio de la libre competencia, asumiendo desde el punto de vista del deber ser, que los procesos competitivos se realizan, por esa misma razón, es decir, porque debe primar la competencia entre los participantes, alejados de intereses ocultos. Es esta la prescriptiva que protege la normativa, pues puntualiza que, en aquellos procesos competitivos, como lo es la licitación pública o el concurso de méritos, entre otros, debe prevalecer la libre competencia y que en dado caso en que se acuerde alterar ilícitamente la selección, entrará a operar la sanción, como consecuencia de la actividad contraria a la normativa¹⁶⁴.

Presentado cada uno de los tipos penales asociados al sistema de contratación pública y especialmente alineados al principio de planeación, se tiene que aquellos, solo operarán en la medida en que el actuar o la omisión de los asociados traslade aquel límite entre las meras faltas y la estructuración de una actuación típica, antijurídica y culpable, siendo importante reiterar que, el derecho penal en la esfera de la contratación estatal puede operar por afectación directa al sistema de compras públicas o de forma indirecta cuando con ello se configure otro tipo penal¹⁶⁵.

En este contexto y acuñando algunas ideas del profesor Santofimio Gamboa, la fuente jurídica que despierta el derecho punitivo del Estado se encuentra de forma indefectible en la transformación del contenido y finalidad del contrato estatal, esto es, desconocimiento o transgresión del interés general¹⁶⁶.

164 Dispone el artículo en cuestión que: "El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

Parágrafo. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivo en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años".

165 Existen diversos tipos penales establecidos en la ley penal que se asocian al quehacer de las autoridades públicas en el ejercicio de las atribuciones encomendadas por el régimen jurídico, que pueden tener relación con la actividad contractual. Tal es el caso de los tipos penales de peculados en sus diferentes modalidades, el de concusión y el de cohecho. Sin embargo, aquí se apunta a los tipos penales consignados en la ley y que tienen conexión directa con la actividad contractual, estos son: celebración indebida de contratos, interés indebido en la celebración de contratos y celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales (artículos 408-410A del Código Penal colombiano).

166 Santofimio, *Delitos de celebración*, 109-65.

Finalmente, aquel derecho y su consecuente atribución de responsabilidad descansan en un postulado general y el cual se resume en el deber de utilizar aquel instrumento de gestión administrativa, como lo es el contrato estatal, para contribuir al cumplimiento de los elementos que garanticen el interés general y en la medida en que no se cumpla aquel querer entrará a operar aquella disciplina.

Concreción y divergencias como conclusión de este capítulo

El control penal y su consecuente declaratoria de responsabilidad a diferencia de lo presentado en los capítulos anteriores, no forman parte de los controles administrativos genéricos, como lo son aquellos de primer orden constitucional, esto es, los relativos al control fiscal y disciplinario. Dicho control posee matices y orígenes totalmente diferentes, pues busca garantizar en última instancia la convivencia social y proteger el orden justo.

Según la lógica anterior, primeramente el constituyente y luego el legislador, ha establecido todo un andamiaje contenido en preceptos normativos, los cuales buscan garantizar múltiples bienes que para el conglomerado social, merecen ser protegidos desde el punto de vista penal. Vista así la razón de ser del control punitivo del Estado, se observa que, en materia de lo público, existen múltiples supuestos jurídicos que buscan proteger aquel bien, pues ha entendido el legislador la importancia y relevancia que tiene para un Estado como el colombiano, la protección de lo público.

Esta idea ha llevado a establecer todo un catálogo normativo para la protección y defensa de lo público, como concepto indeterminado, pero determinable en la medida en que a través de él se materializa el bien común o interés general. Dada esta idea, el legislador puntualmente estableció todo un régimen penal protector del sistema de compras públicas en el ordenamiento nacional.

Así, existe todo un conjunto de normas de imperativa observancia cuyo patrón común se encuentra íntimamente relacionado con la adecuada y legal confección, celebración, ejecución y liquidación de los negocios estatales. En lo que se refiere a la materialización del principio de planeación, se encuentra a lo largo del desarrollo de este capítulo que aquella actividad exige que la compra pública se ejecute por los gerentes públicos y operadores administrativos de una forma idónea, completa, adecuada y precisa.

Dicho lo anterior, se encuentra que este control y su consecuente responsabilidad poseen particulares elementos, los cuales fueron expuestos a lo largo de este capítulo. Se citan dos situaciones presentes en el primer elemento constitutivo de responsabilidad penal, el cual se encuentra relacionado con la tipicidad de la conducta. Por una parte, lo que se encuentra relacionado con el concepto de tipos penales en blanco, los cuales requieren obligatoriamente ser llenados por diversas disposiciones normativas de múltiples órdenes, siendo necesario un ejercicio de completitud por parte de quien se encuentra aplicando las disposiciones penales. Por otra, lo que se refiere a la calificación del sujeto sobre el cual recae el poder punitivo del Estado, por cuanto esta exigencia contenida en los diferentes tipos penales, no se reclama a todos los asociados, sino a aquellos que efectúen una actividad estatal negocial, según los desarrollos normativos, jurisprudenciales y doctrinales sobre aquella calificación y concepto.

De los otros dos elementos necesarios para la atribución de responsabilidad penal de forma amplia, la normatividad en la materia, la jurisprudencia y la doctrina declaran que constituyen elementos indispensables para el juicio de responsabilidad. Dichos elementos se encuentran relacionados con el concepto de antijuridicidad material y culpabilidad, este último como elemento subjetivo-valorativo de la conducta.

Dadas las consideraciones anteriores, resulta importante señalar que el derecho punitivo del Estado ha incluido como objeto de análisis y valoración, aquellos supuestos relacionados con la actividad contractual y al respecto ha puntualizado y descrito de forma especial aquellos preceptos legales. Estos tipos penales se centran de forma especial en los diferentes momentos de la actividad contractual, pues consideró el legislador que en cada uno de estos era posible la comisión del ilícito.

Por lo dicho resulta importante mencionar que al ser el principio de planeación un postulado de primer orden y acatamiento en la actividad contractual, resulta sumamente plausible que los gerentes públicos y sus operadores administrativos, puedan ser declarados responsables penalmente, cuando con su actuar omisivo u activo, se encuadren en uno de los supuestos fácticos que establece la norma penal, como es el caso del servidor público que participa en la tramitación o aprobación de un contrato estatal con violación del régimen constitucional o legal. En lo relativo a la existencia de inhabilidades o incompatibilidades o la

celebración de contratos con interés indebido, cuando el fundamento del ilícito se ha desarrollado en la etapa de planeación, esto es, en la etapa de construcción de estudios y documentos previos a la medida o selección de contratista con violación del régimen en el cual se fundamenta.

Dadas las anteriores consideraciones, se observa que el derecho punitivo del Estado de manera general y precisa, se encarga de definir cuáles actividades de la actividad negocial del Estado podrán ser sujetas de control penal y eventualmente ser reprochables.